法律制度

清代旗、民法律关系的调整
——以“犯罪免发遣”律为核心

林 乾

[**摘要**] 本文通过“犯罪免发遣”入律及例文的变化，尤其是诸多案例所暴露的问题，揭示清代社会两大法律主体——旗与民法律关系的调整及其意义。

[**关键词**] 旗、民，法律，犯罪

[**中图分类号**] D929 [**文献标识码**] A [**文章编号**] 1002 - 8587 (2004) - 01 - 0039 - 12

Regulation of the Relationship between Bannermen and Commoners: A Case Study of the Statute “Criminals Exempted from Banishment”

This paper examines the establishment and changes in the statute on “criminals exempted from banishment” in the Qing dynasty. In particular, the authors examines the problems exposed in adjudication of cases, and reveals meaning of the legal relationship between two principle parts in law: bannermen and common people and the significance of the adjusts of this law.

清代法律关系的主体，并不以满、汉等族别界域作为主要区分[1]，而官方文献一般用“旗民定例”来表述，法典及法律文书亦多旗、民并称。换言之，旗与民构成了清代社会最基本的两大法律主体。在承继关外时期法律习惯的基础上，清朝在入关后的百余年间，致力于确立、维护旗人的优越法律地位；乾隆时期随着其统治根基的稳固，通过修订例文不断调整旗、民间的法律关系，其总趋向是旗民定例的“画一”。而这一过程又与八旗制的变革等因素直接相关。本文通过“犯罪免发遣”入律及其例文的变化，尤其是法律适用过程中所暴露的社会问题，以期揭示旗、民刑事法律关系的嬗变及其特征。[2]

一、“犯罪免发遣”入律及旗人法律特权的确立与维护

清朝入关之初对旗人犯罪的处罚，仍沿用后金（清）时期的习惯法律，[3]即重罪处死，轻罪用鞭扑，没有所谓“五刑”之等差。顺治元年定，旗人有犯“悉遵旧例，不许用杖”[4]。这里的“旧例”即是“国初定，旗下人有犯，俱用鞭责”[5]之内容。三年五月，几乎完全因袭明律的《大清律》颁行全国，旗人立法也开始有了等差。至十三年六月，刑部在议奏更定律例四事时，以“旗下人犯军流徒罪者，止行鞭责，以致奸宄无所惩创”，明确提出折枷免

[**收稿日期**] 2003 - 7 - 18
[**作者简介**] 林乾 (1959 —)，男，中国政法大学法律史学研究中心教授；北京 100088

遣制，即今后犯军罪者，枷号三月；犯流罪者，枷号两月；犯徒罪者，枷号一月。顺治帝以所奏“有裨锄奸去恶，著即遵行，永著为例”[6]。十八年，进而对徒、流内的等级（徒分五等，流分三级）如何折枷予以具体规定：旗下人犯徒一年者，枷号二十日，以上每一等递加五日，徒三年者，枷号四十日。犯流二千里者，枷号五十日，以上每一等递加五日，三千里者，枷号两月。军罪仍枷号三月，杂犯死罪准徒五年者，枷号三月十五日。[7]

以上顺治十三、十八年两次议定的“旗下人”犯罪折枷例作为“新例”[8]、“现行例”[9]遵行六十余年，但没有入律。至雍正三年修律时，刑部认为“现行例旗下人犯徒流等罪准折枷号与此条（军官军人犯罪免徒流——引者）免徒流律意相符，应另立一犯罪免发遣律，名列于军籍有犯之前，以旗下犯罪折枷号之例载入，作为正律文”[10]，并增总徒四年者，枷号四十五日；将准徒五年枷号三月十五日改为枷号五十日等项；又以律内军罪有附近、边卫、极边、永远等项之分，将枷号日期分为四等，自七十日起至九十日止。[11]

将顺治时所定例文载入正律的这一过程，并非简单的“以例入律”形式上的变化，它表明“犯罪免发遣”作为主体法的地位于雍正三年正式确定下来。根据“例可废律不可变”的立法原则，此后的修律（实际是修例）活动只能围绕例文来展开。而旗、民法律主体地位的不平等也就有了法理的依据，并一直沿用到清末。

自隋唐时期确立的五刑制至明代有了一个变化，即在流、死间加入非正律的军（充军）罪。明代为了保障国家安全的军队有稳定的兵源，设有军籍，且“军皆世籍”[12]。军籍属于都督府，卫所军士不受普通行政官吏的管辖，在法律身份上与民不同。对其犯军流徒罪处罚也异于民。[13]清代律学家沈之奇认为“充军一法，乃是后起之例。以所犯情重，流不足以尽其罪，又不可即坐以死，故令充军。流止远地为民，终身不返，军则入卫当差，且有永远、极边、烟瘴地方者。多见于条例，而律内亦间有之，不在五刑之列也”[14]。并指出“军人有定额，若犯罪者皆充徒、流，则军伍渐空，且改军籍为民矣。故止定里数，调发充军”[15]。

从上可知，军籍有犯免徒流之立法用意是保证兵源，免使营伍空虚。这与旗人“犯罪免发遣”“律意相符”。对此，清人多有论及。薛允升认为“总系优待旗人之意”[16]。道光时协办大学士英和更是一语道破，他说“其意可想而知也”，“国初旗人尚少，欲其团聚京师，虽有罪不肯轻弃”[17]。清末修律时沈家本上疏中亦称：“方我朝入关之初，八旗生齿未臻繁盛，军伍有空虚之虑，差务有延误之虞，故八旗之人犯军流徒者，特设此折枷之制，免其发配，原为供差务、实军伍起见。”[18]《清史稿·刑法志》进而指出：“原立法之意，以旗人生则入档，壮则充兵，巩卫本根，未便离远，有犯徒、流等罪，直以枷号代刑，强干之义则然。”[19]由此可见，设立“犯罪免发遣”之律条是在清初民族矛盾十分尖锐的特定条件下，为保持满族对全国的威慑力量而采取的重要措施，负有充实八旗兵源，维护国家安全的职能。

军籍有犯免徒流与旗人犯徒流折枷又有所不同。前者以隶军籍者为一特殊群体，特立专法以保护；后者视旗人为特殊群体，隐含民族之不平等，其初还暗寓对汉人之不信任，而视旗人为最可倚恃之力量。

早在后金建国前夕，努尔哈赤就创立了沿袭有清一代的最重要的社会组织形式——八旗制。这种寓兵、民于一体的制度，在最初编旗时将所有治下户口，不分部族，全部编入。[20]当时八旗人户稀少，为了适应征服并进而统驭人数众多的广大汉族区域的需要，“八旗子弟，人尽为兵”，具体是“以旗统人，即以旗统兵，隶乎旗者，皆可为兵”[21]。在二十万八旗兵中，“居京师者半之”[22]，又同时每占领一处重镇，即留八旗驻防以镇慑汉民，致使八旗兵力有不足之虞。因而才有“生则入档，壮则充兵”之制，才有三年比丁，严治漏隐，“只言八旗而不言民人”[23]之法律。凡编入八旗的人户，称为“旗人”，又称“旗下人”，编入某旗即为某旗人，其子孙沿其父祖也称某旗人。[24]旗人特权法真正地使八旗子弟成为“国之世仆”[25]，这也正是为清代有识之士所诟病的“聚数百万不士不农不工不商不兵不民之人于京师”[26]之

根本原因所在。

八旗内部等级森严，除宗室外见诸法典的又有正身旗人、另户旗人、下等旗人、旗人奴仆等区分。以职业而论，又有八旗官员、披甲当差（旗军）等区别。以旗而论，又有满洲八旗、蒙古八旗、汉军八旗之别。“犯罪免发遣”律不但完全适用于以上各类旗人，而且还一度适用于入籍奉天的民人。[27]总括旗人特权法律，主要包含以下三个方面：

一是死罪豁免权。乾隆二十九年以前的馆修律例，在“犯罪免发遣”例文后还附有顺、康时期的五条例文，主要内容是旗人犯死罪享有免死权。顺治十二年定例载：“凡满洲、蒙古、汉军官员军民人等，除谋为叛逆、杀祖父母、父母、亲伯叔、兄，及杀一家非死罪三人外；凡犯死罪者，察其父祖并亲伯叔、兄弟及其子孙阵亡者，准免死一次。本身出征负有重伤、军前效力有据者，亦准免死一次。”[28]这条法律的适用范围相当宽泛，因而在其后的顺治十四年、康熙十七年、二十一年做了若干限制：凡强盗重犯、打死人命等犯罪主体不得“论功议免”。但康熙二十六年又有所反复，规定“嗣后强盗案内有护军披甲闲散人应正法者，著察其祖父、父辈阵亡并自身效力之处，缮写奏折，附入本内具题。”雍正三年“犯罪免发遣”正式入律后，上述规定附于律后作为例文遵行。乾隆五年将其内容修改后移入“应议者父祖有犯”条下，二十九年将其从“犯罪免发遣”本律后删除。但它仍作为“现行则例”[29]，具有法律效力。

值得指出的是，这项法律不属于传统的“议”、“请”范围。因为适用“议”、“请”之法者，其主体有特定范围，且以个体或整体之一部分的形式表现出来，即是说，适用对象必须明确、具体。比如清律中“应议者有犯”对宗室觉罗的规定既详又尽[30]，而此例是沿袭顺康时规定，袭蹈旗人固有之特权。另外，自唐律以来，推恩逮下，皆就一人嫡派而论，从无展转旁推之理，而顺治时所定例文，祖父之外，推及伯叔兄弟，这也可称为因宽免旗人之死罪而设之特殊法条了。

二是用鞭责、枷号取代正刑，这也是“犯罪免发遣”律之主体。按律文规定，旗人犯笞杖罪，各照数鞭责；犯军、流、徒罪免发遣，以枷号代之。刑部在解释该律时称：“谨按此言旗下人犯罪科断之法，不与民人一例也。凡旗下犯笞杖等罪者用鞭责；徒流军罪则依徒役之年限、配所之远近，分别枷号，仍各照应得杖数鞭责，俱免发遣。”[31]笞、杖之刑，即《尚书》中“扑作教刑、鞭作宫刑”者。在执行上以板代之，并有折算方法，故称“折责”。清初笞、杖所用板，即古代之讯杖，用竹或木做成，犯罪不承即用之。因此讯杖重，笞杖轻。[32]旗人犯笞杖，以鞭代之，含有避重就轻之意。另外，笞杖以臀受，这对马上民族为不宜，故旗人较早即以鞭代笞杖。后金天命七年诸贝勒议定：百鞭折杖五十，嗣后，二鞭折一杖。[33]顺治四年定：旗人旗下家奴犯应笞者，以鞭代之，不折责。[34]

充军、枷号，沈之奇认为“皆后起之法”[35]。枷号又称枷示，即在监外带枷示众，揭其所犯罪状。北周已有枷刑律。明代枷刑被普遍应用，仅《问刑条例》采用者即有五十三条。这种刑罚使罪犯“尽夜不得休息”[36]，清初枷号轻重不一，乾隆五年定，应枷人犯，俱重二十五斤。康熙二十九年以前，枷号旗下人犯，置放本旗门上，自该年以后，将枷号人犯各旗互相转放，由城门尉、城门校、千总、领催、披甲人等，详验加封收受，发门之后，刑部派满汉官员调旗巡查。[37]后来为照顾枷号旗犯，在各门示众处设立房屋以为住宿之地，被称为“门监”，“门监”，“实非囹圄可比。”可能是犯者日多，乾隆元年议准，在门监之旁添造房屋一二间，或在门监内拨一二间，作为女犯居住歇宿之所，枷号旗犯始有男女分监之所。刑部又以“此等枷号人犯，原非重囚，且系已结之案”为由，奏准“许其跟随亲属一人，在内照管”。嘉庆十六年，勒保上奏：枷号尺寸重轻虽符定例，但板片厚不及一寸，木插厚仅三四分，难以经久。且犯人两手不能及口，难于饮食，因此改定为长二尺五寸，阔二尺四寸，仍符二十五斤之数。嘉庆帝谕刑部“即纂入则例，并将现有枷号参照新定尺寸更正，以归画一”[38]。枷号实际是一种附加刑，[39]但旗人犯徒流军罪普遍适用折枷后，它又上升为一种主刑，只是它作为正刑之外的“非法之

刑”来援用。

按笞、杖、徒、流与死并为五刑，自隋唐以来遵行不改。而旗人有犯，以鞭责、枷号代之，是四刑不加于旗人，如果加之死刑豁免权，则是五刑不加于旗人。由此可看出旗人法律特权具有贯穿与完善的特点，所谓旗民“刑罚异制”[40]堪称确凿有据的不易之论。

三是旗人司法管辖的特殊化。司法管辖的实质是司法权由谁来行使。旗人犯罪适用于特别法律，而保证其法律实施的是特殊的司法制度。以刑事案件而论，大体可分为旗人之间、旗民之间二种。清律规定，若两造俱系旗人，不得由州县审办。八旗兵丁、闲散、家人等，犯笞、杖罪者，该管章京即照例回堂完结。即旗人犯笞、杖轻罪，由该旗完结。这表明旗权对旗人司法的介入。[41]雍正十三年定，八旗案件，俱交刑部办理。但“细事仍听该旗完结”。即应得罪名在徒流以上者，方得送刑部审办。对于旗民间的诉讼，也屡有变化，而焦点是以旗为主还是以州县为主。康熙时近京之地旗民争斗杀伤之案多有发生。左都御史魏象枢建议“斗殴小事，悉归州县官审结，大事方准赴刑部告理。”康熙帝意有所难，称“从前庄屯(旗人）与民人事情，曾归州县审理，遂有言庄屯受屈者，后归章京审理，民人又多苦累，故立法甚难”[42]。“军民约会词讼”例文规定：“凡旗人谋故斗杀等案，仍照例令地方官会同理事同知审拟外；其自尽人命等案，即令地方官审理。如果情罪已明，供证已确，免其解犯，仍由同知衙门核转。倘恃旗狡赖，不吐实供，将案内无辜牵连人等先行摘释，止将要犯解赴同知衙门审明。”此条例文定于雍正元年，规定州县办理旗人案件，有“会审”“不会审”之别。实则不准州县擅责旗人，故《处分则例》规定：官员擅行夹责旗人者，降一级调用。

事实上，旗人即使犯重罪，地方官也难以过问。康熙末年，三等侍卫毕里克的奴仆在涞水县“捶民几毙”，知县甘汝来受理此案后审问奴仆。而毕里克率仆从在县衙大堂哄闹。甘汝来将毕里克收逮，并下其奴仆于狱。案件上诉到中央，吏、兵、刑三部会审，拟革甘汝来职，因康熙帝开恩才免甘汝来之罪。[43]雍正时有镶黄旗人王三格自称内务府仓官，早年将祖遗圈地典给民人孙含夫、冉铎等人，雍正三年，王回到满城殴打孙含夫并占夺原地。四年三月，孙含夫到保定控告，王三格反诬冉铎为邪教教主，任命孙含夫为“将军”等职，直隶按察使据报将冉铎等打入狱中。地方官因王三格是仓官，不便审理，请将其仓官革退后再行审结。雍正指示直隶巡抚李维钧“严惩”王三格，并说：“仓官非官，彼自名之为官也，殊可发一大笑！”[44]

上文“理事同知”并非佐理知府事务的同知[45]，而是专门审理旗人案件的机构。康熙二十四年，先于江宁、杭州设理事厅官，翌年三月起，西安、荆州、镇江、福州、广州等八旗驻防之地也各设理事厅官一员。三十七年，因直隶巡抚于成龙题请，设立满洲理事同知，驻保定，审理旗人斗殴等案，后添设张家口同知、天津同知、通州通判分别审理。[46]至康熙时八旗驻防普遍设有理事同知。乾隆时人萧奭说：“国制，凡旗人在外，不归汉官统辖。与民人争讼，则将军督抚会理事同知庭鞫。八旗驻防之地皆有是（理事同知）官。”[47]道光时协办大学士英和也言：“旗民交涉案件，例由理事厅审理”，“旗人自恃地方官不能办理，因而骄纵，地方官亦难于约束，是以滋事常见其多。”[48]光绪时长善等撰《驻粤八旗志》卷一《官兵额设》有“旗民理事同知”一职，编撰者曰：理事同知一员，“专管……旗民交涉事件。当驻防之初，遇有旗民争讼等事，将军于八旗防御内，择其通晓案牍者，拣派一员审理。自设理事同知后，凡有讼狱檄饬同知承审焉。”[49]

不但八旗设有专理旗民讼狱的理事同知，而且“理事同知衙署各有囹圄”。自乾隆四十三年定例，驻防地方如有秋审人犯，不必解部，即于同知监狱监禁。但当时广州驻防八旗尚无旗监，故将军永玮上奏称：“本处理事同知衙门向未设有监狱，旗人内如有犯罪应送刑部者，俱交南海县监内暂行监禁。今圣主特旨将犯罪旗人著不必送往京城，即交同知监内监禁，诚圣主矜恤旗人，于办公不致烦剧之至意。”“若将犯罪旗人仍照前交与南海监禁，该同知承办不免掣肘，且旗、民不分。”因此奏

准在同知衙署附近将镶蓝旗汉军佐领废署改为旗监，专交理事同知管理，其禁卒、牢头皆由同知雇募。[50]

对旗人犯罪采取特别的司法管辖，而一般司法机关不得干预，正是为了维护旗人的法律特权。但由此导致社会治安状况不断恶化，同时也破坏了司法统一的原则。康熙多次说京畿之地“旗人庄头大为民害”，“有司畏威而不敢问，大吏徇隐而不能纠”[51]。直隶巡抚于成龙称违法者“依仗旗下名色”，“无所不为，有司官虽明知而不敢深求治罪”[52]。甚至“旗人辱骂职官”，“此等事甚多，举首者甚少”[53]，雍正亦称：“畿甸之内，旗民杂处，向日所在旗人暴横，小民受累，地方官虽知之，莫敢谁何。”[54]“向来庄居旗人，欺凌民人者甚多。”[55]对于人命重案，刑部也不敢依法惩断，康熙二十七年六月，侍卫常关保家奴打死民人张守礼，刑部审断时仅拟常关保降级调用，康熙认为常关保是“纵仆妄行”，命将其革职。[56]雍正六年，良乡知县冉裕棐杖责旗人乌云珠，署直隶总督宜兆熊以违例将他题参。雍正帝以“旗、民均属一体”，冉裕棐不应革职听审，将宜兆熊题本掷还，并要刑部查有无地方官不许体刑旗人成例具奏。刑部查出成例后雍正命将其废掉。[57]类似以上事例甚多，几成为困扰清政府的一大社会问题。因此，一旦特权法律存在的条件发生变化，对其法律的修改亦势所必然。

二、“旗民定例”的修订与旗人法律特权的限制

以“犯罪免发遣”律为核心的旗人法律特权从其形成、确立到维护，大体经过了一百余年，即从顺治到乾隆前期。乾隆中叶，随着清朝统治基础的巩固，以及“八旗生计”问题的日益严重，尤其是旗人普遍享有的法律特权对法制秩序的破坏，统治上层开始关注并着手解决旗人法律特权问题，主要是通过订立限制性法律条款，禁止一些犯罪行为援引“犯罪免发遣”律，甚至将犯罪主体开除旗档，实施最严厉的身份惩罚 。

就在“犯罪免发遣”入律的次年即雍正四年二月，雍正帝以“违禁偷刨封禁矿砂等律，汉人发边卫充军，旗人解部枷责”定例不一，认为“发遣治罪，满汉应同一律”，命大学士：“可否将旗人改折法更改，与汉人画一之处”，“确议具奏”[58]，同年九月，大学士等议复时承认折枷例“未免轻于干犯”，但认为“满洲、蒙古营生之道，与汉民迥异，有犯军流罪者，概行发遣，恐致难以图存”，请仍照旧例，而对汉军人犯使用折枷权予以限制，雍正“从之”[59]。此举表明最高统治者意识到旗、民同罪异罚问题的严重性。

乾隆即位伊始，就注意调整“轻重悬殊”的“旗民定例”。他认为“旧定旗、民条例，未免轻重悬殊，所当随时更定，以求画一”。乾隆二年，以“今满洲生齿日繁，且知遵守法度，相残之事甚少”为由，对雍正时仍沿袭的“满洲杀死满洲，即行正法”原例著九卿会同八旗都统详议具奏。九卿等随即议定：“嗣后旗人遇有命案，仍依律分别斗殴、谋杀，定拟绞、斩监候；其有服制者，照服制科断”，并“永著为例”。这一条例生效后，乾隆发现这类案件“至秋审时苟非谋故重情，概为缓决”，认为“立法之道，与其狎而易犯，不若使知所畏而不敢蹈”，肯定“向来立法从严，具有深意”，而且，“旗民事例，既经画一，今又改从斩决旧制，朕心有所不忍”，因此定“嗣后满洲与满洲殴杀案件，著于秋审时俱入情实，庶旗人咸知儆惕，不犯有司”。应该说，这是向“画一之法”迈出的重要一步，尽管它调整的是旗人间相斗杀条例，但体现了旗人定例向“汉法”归一的趋向。次年，援引“存留养亲例”，定“旗人犯死罪，非常赦所不原，而家无以次成丁者，亦照民人之例，准其留养”[60]。

在使旗民定例“画一”的过程中，乾隆中叶开始，对“犯罪免发遣”律的法律适用进行了诸多限制。

最初的限制性例文是从旗人社会的底层奴仆开始的。本来，旗人奴仆没有独立户籍，按八旗户籍编审例，户系于佐领，丁系于户，书其家长名氏及其子弟，而附以奴仆。后来，清政府允许部分八旗奴仆“开户”，另立户籍，但不能归入民籍，仍开在所属旗档内。乾隆四年定，“世代出力”的奴仆，主人情愿将其“开

户”者，履行一系列程序后“即准开户记档”。但仅限于“盛京带来，并带地投充奴仆，远年丁册有名者”[61]。乾隆六年对奴仆“开户”的限制进一步放宽。在此前后，八旗奴仆因符合“数辈出力，勤劳年久”和“本主情愿”等条件而“放出为民”者“成案繁多”[62]，而这些“放出为民”者，在法律地位上已脱离奴仆身份，而取得一般民人身份（出仕等政治权仍有限制），如果再享有“折枷”特权，显然已不合适。故乾隆十六年馆修入律时有二条例文：一是“凡旗下家奴犯军流等罪，仍依例酌发驻防为奴，不准折枷外；其犯该徒罪者，照旗下正身例，折枷鞭责发落。”另一条为：“凡八旗满洲、蒙古、汉军奴仆，犯军流等罪，除已经入籍为民者，照民人办理外，其盛京带来并带地投充、远年擒获及白契印契所买、若经赎身归入佐领下开户者，均照旗人正身之例一体折枷、鞭责。其设法赎身并未报明旗、部之人，无论伊主曾否收得身价，仍作为原主户下家奴，有犯军流等罪，仍照例问发。”这二条例文规定，八旗奴仆取得民籍的不再享有“折枷”权，而“开户”者仍享有“折枷”权。但乾隆二十一年议定八旗开户者“放出为民”，因而三十二年修律时将以上二条并为一条，并取消了开户人享有折枷权。又因乾隆二十八年订有汉军奴仆问拟实徒专条，故三十二年修律时将汉军奴仆的折枷权也一并取消。[63]

其次是对犯有“情节惨忍”行为者，剥夺折枷权的使用，同时将折枷权由“依例”改为“请旨定夺”。乾隆十九年九月，发生旗人七克登布殴死服孙九格一案，法司拟七克登布折枷发落。乾隆予以驳回，他解释旗人折枷“在公署及过误，自可照例完结，至关人命，即当核其轻重。七克登布以酒醉细故，遂凶殴服孙九格致死，殊属惨忍”，命将其发往拉林、阿尔楚喀，并谕“嗣后似此案件该部照律定拟外，仍酌量情罪，请旨定夺，不必概入汇题”[64]。律例馆据此上谕于乾隆二十一年定例，并增加“旗员中如有诬告讹诈，行同无赖，不顾行止者，亦如之”等内容。五服尊卑相犯，律例以亲疏分等差。对旗人此种犯罪，将应否援引“折枷权”，改为“请旨定夺”，也即将“折枷权”操于君上之手。明言“情节惨忍者，不准折枷完结”，表明在订立旗人法律时儒家思想的渗透。乾隆二十三年又令八旗于每年十一月将有无不守本分顽恶不肖之人具奏，如有此等人犯，即发遣拉林。[65]以下限制“寡廉鲜耻”等罪名援引“折枷”律也体现了这一思想。

早在康熙后期，即有因“行止不端，厚颜无耻，而被流遣”之案例。[66]乾隆二十七年六月，乾隆谕称：从前定例，旗人犯军流徒罪均准枷责发落者，原因国初满洲习俗淳朴，自宜格外培养，近来八旗生齿日繁，殊失国初浑厚之风，伊等每以铨补外任，希图便安，几与汉人无别，独至获罪应遣，则过于区别，亦非大公之道。至于汉军原系汉人，凡得缺升转，均属一体并用，更毋庸另立科条。嗣后凡满洲有犯军流遣罪，如系寻常事故，仍照旧例枷责完结，傥有寡廉鲜耻之徒，自应削去户籍，依律发遣，其汉军人犯，无论军流徒罪俱斥令为民，照所犯定例发遣，不必准折枷责，著为例。[67]首次以法律形式将犯寡廉鲜耻罪之旗人销除旗档，这既是最严厉的惩罚，也表明最高统治者严格执法的决心。为了安抚旗众，纠正执法上的编差，三十一年四月上谕称：前次定例，原以示之惩儆，用挽颓风，此专指情罪重大者而言，非谓寻常事件，亦不加区别也。至包衣汉军，则皆系内府世仆，向无出旗为民之例，与八旗汉军又自有别，尤不应混行援例，嗣后问拟旗人罪名，务详犯案情节，如实系寡廉鲜耻，有玷旗籍者，不但汉军当斥令为民，依律发遣，即满洲亦当削其名籍，投畀远方，其余寻常罪犯及因公获遣者，无论满洲汉军，仍照定例折枷鞭责完结，如此则旗人益当知所劝惩，而赦罚亦昭平允。[68]三十二年，律例馆据此上谕将旗人犯寡廉鲜耻恭纂入律，并强调将犯人“削去本身户籍，依律发遣，仍逐案声明请旨。”[69]

三是对住居庄屯的下等旗人限制使用“折枷权”。乾隆三十五年十二月，内务府审奏鹰户谢天福等与民人高士杰等栎卖三教庵木植分肥一案时，将高士杰等拟以杖徒，谢天福等因是旗人，折枷号完结具奏。乾隆以内务府审处“固属循照向例”，但鹰户人等“虽隶内府旗档，而散处近京各州县，实与民人无异，若犯事到官，不当与在城居住当差之旗人一例问

拟”，今于民人拟以实徒，“而谢天福等则援旗人例折枷发落，同罪异罚，不足以示平允。且使若辈恃有此例，势必任意滋事，毫无畏忌，所谓爱之适以害之”。谕“嗣后内务府所属庄头、鹰户、海户人等，如犯军遣流徒等罪，俱照民人一例定拟”[70]。乾隆三十七年律例馆据此修纂入例。此例文的形式要件在于庄头等散处各州县，因其与民人无异。事实上，庄头、鹰户等属下等旗人。因为“正身旗人并不准居住庄屯，其在庄屯居住者，皆非正身旗人也”。这一定例除限制下等旗人援用“折枷”权外，将是否居住庄屯作为限制要件。其后又有内务府汉军旗人方天秃在屯开铺生理一案，审结时与海户、庄头等均照民人一体定拟。故乾隆三十九年修律时加入“附京住居庄屯旗人、王公各处庄头，照民人一例定拟”字样。薛允升认为，附京住居庄屯旗人等，均非指正身旗人，“若正身旗人似又当别论。如因在庄屯居住，即与庄头等同科，似非例意”[71]。

四是对非食粮当差旗人援引“折枷号”的限制。这也是乾隆朝对援用折枷权的最大限制。乾隆三十九年十一月周元理在上奏审拟船户刘治偷卖漕米一案时，将从犯旗人方天秃依例折枷发落。乾隆肯定周元理“固属照例办理”，但指出“同系旗人，其间亦各有分别，如果身居京师食粮当差，在官执役旗人身犯流徒等罪，原可折枷号完结，若在屯居住及各处庄头，与民人混处日久，即与民人无异，则犯法亦当与民同科”，谕嗣后除京城之满洲蒙古汉军现食钱粮当差服役之人，及外省驻防之食钱粮当差者，如犯流徒等罪，仍照旧鞭责发落外，其余居住庄屯旗人，及各处庄头，并驻防之无差使者，其流徒罪名，俱照民人一例发遣，著为例。[72]四十三年修律时将此纂入例文。[73]如果按此例文，享有折枷权的主体是食粮当差及在官执役者，这与“军籍有犯”律文涵盖的主体十分接近。但如此一来，“旗人之混入军流民籍日积日多”，因此乾隆五十年二月刑部奏请将东三省屯居无差使之旗人以及驻防无差使之旗人，犯军流徒照旧例折枷完结，经乾隆谕允后于五十三年馆修入例。[74]

以上从乾隆二十一年例、三十二年例、三十七年例、四十三年例可以看出，乾隆意在矫正“轻重悬殊”的“旗民定例”，尤其是住居庄屯“与民人混处”的旗人有犯，乾隆从同罪同科的法律统一适用原则，修订条例，从而较大地限制了折枷律的适用范围，也使得旗人定例接近或更符合儒家传统规范，增强了与“汉法”的“画一”。这一时期修订旗人法律值得关注的还有立法逐渐从严，并将其与整饬八旗风纪联系在一起。乾隆三十五年，发生旗人结伙为盗殴伤事主一案，刑部审拟时援引康熙时定例减等处罚。乾隆得报后“不胜骇愕”，指出“旗人乃竟甘心为盗，实属从来所未有”，认为减等处罚“此以加之民人犯法尚可”，而满洲出此“下流败类”，必须“力挽浇风，大加惩创”，以“部议削籍改发新疆为奴亦不足以示儆”，著刑部另行定例。刑部等遵旨将此案为从之犯拟斩立决，并定：“嗣后满洲旗人有犯盗劫之案，俱照强盗本律定拟，不得以情有可原声请。”[75]这一时期对旗人犯罪免刺字的条例也进行了修改。乾隆四十七年定，旗人罪犯例应刺字者，即销除旗档，照民人办理。[76]翌年，对这条新例又有所修改，但仍规定：旗人如犯不肖无耻之罪，至于刺字者，除旗档，照民人办理。[77]以上这些对旗人犯罪的处罚，已渐趋“与民同科”，同罪异罚的法律状况有了较大改变。但从整体上讲，乾隆朝定例仍局限在对旗人中的个别人群及个别类型犯罪（罪名）不得援引“犯罪免发遣”本律上，并不带有普适性。法律条款也存在不稳定性。而且，对销除旗籍的法律制裁通常采取审慎态度。

对“折枷”权予以最大限制甚至使“犯罪免发遣”律几乎成为具文的，是被晚清律学家薛允升称为“刑典中一大关键”[78]的道光五年例。

旗人法律牵涉面十分广，它的每一次调整都触动统治基础这根神经。因此，即使已经“著为例”的法律也会出现较大反复，甚至成为具文。本来乾隆朝对旗民定例的调整已向着画一法律的路途迈进，并且初见成效，但嘉庆初年因对旗人犯罪处罚较轻，致使旗人犯罪案件日多。道光五年，协办大学士英和上《会筹旗人疏通劝惩四条疏》，极言其弊。上疏以“国家百八十余年，旗民久已联为一体，毫无畛域”为立论依据，指出“后人不能深悉旗人

立法之意”,“以致姑息而无所惩创，或应画一而反歧视”等种种弊害，为此他提出四项劝惩办法。在“销除旗档宜遵例实力奉行”一项中，他称乾隆年间多次修改定例，限制折枷发落，此在昔日“为因时变通，而在今日则为遵循旧例，无如后来诸臣，往往以姑息为慈祥，自嘉庆二三年间，刑部将逃走发遣之例，改为投回免罪仍准挑差，嗣后诸例渐次废弛，犯窃者则作百检十，一切例应刺字者，俱为之曲法开脱，以致旗人肆无顾忌”,“种种不法，皆由水懦易玩，犯者愈众。”认为只有严加惩治，才能消弭弊害。[79]

英和以八旗都统、协办大学士之重臣身分，其上疏立即受到重视，道光五年四月二十六日奉旨：依议。[80]督捕司以“劝惩旗人一折所有未尽各事宜，现据各该处咨请部示，本部逐加查核，酌议七条，应通行各省遵照办理”[81]。律例馆随即载入这样一条例文：凡旗人窝窃、窝娼、窝赌及诬告、讹诈、行同无赖不顾行止并棍徒扰害、教诱宗室为非、造卖赌具、代贼销赃、行使假银、捏造假契、描画钱票、一切诓骗诈欺取财，以窃盗论，准窃盗论，及犯诱拐强奸、亲属相奸者，均销除本身旗档，各照民人一例办理。犯该徒流军遣者，分别发配，不准折枷。

道光五年例几乎颠覆了“犯罪免发遣”律的主体。对此，薛允升指出：“旗人犯徒流等罪，本系折枷发落，并不实发。乾隆十九年始有殴死卑幼、情节残忍者，发拉林之例。二十七年又有寡廉鲜耻实发之例。三十五、三十九等年，又有分别有庄头、屯居发遣之例。然犹与民人有异也。此例行而直以民人待之矣。”他还说：“从前旗人颇知自爱，犯法者少，即有犯者，并不实发，亦不销档。嗣虽定有实发之例，而仍不销档，是以逃人匪类亦无销档之文。道光五年定例以后，不特军流以上应行销档，即徒杖以下凡系逃人匪类，无不销除旗档矣。今昔情形不同，此刑典中一大关键也。”[82]

也就是说，道光五年例实行后，旗人的折枷权已受到很大限制，其法律适用相当有限，几乎涵盖了犯军流徒罪的各种行为。更重要的是，旗人犯罪多销除旗档，这是八旗制的重要变化，也是清代旗人法律的最根本性变化，它几乎动摇了沿袭一百五十余年的“犯罪免发遣”律的基本原则。这是我们考察清代法律变迁应予以高度重视的所在。

三、“犯罪免发遣”案例透视的旗人社会问题

以“犯罪免发遣”律为核心的旗人特权法律，既沿续了部族习惯法的传统，也与旗人在确立清朝统治过程中的特殊地位直接关联。正所谓“八旗，国家之爪牙也”[83]。表面上它是对旗人特权的法律保障，但特权法本身也是一把双刃剑，当承载或支持这种特权法实施的社会条件逐渐发生变异时，法律反过来又会成为特权享有者的一种桎梏，受保护者往往会成为受害者。因为从根本上讲，旗人特权法的实施旨在维护以旗人为基础的清朝统治。道光五年例颁行后，由此引发了一系列社会问题。主要有以下三个方面：

一是因贫困而导致的犯罪增加问题。清朝官、私文献都谈到旗人风俗的演变及随着时间推移犯罪增多的问题，并将其与八旗人口激增、旗人生活的贫困化联系起来。本来，正如英和所说：“我朝豢养旗人之恩，至优极渥矣”,“凡可以利益旗人者无微不至。”[84]但为什么旗人犯罪越来越多呢？英和从法律角度观察认为是宽严失当所致：“或苛求过当，应宽而反严，以致束缚而不得疏通；或日久懈弛，应严而反宽，以致姑息而无所惩创。”[85]嘉庆则认为旗人匮乏“固由生齿日繁，物价昂贵”[86]。据载，乾隆初年在京八旗仅闲散壮丁即有五万七千九百余人。[87]而因“贫苦逃走者甚多”[88]，因贫困而犯罪的案例也占了相当一部分。

乾隆四十七年至五十七年间，连续发生多起旗人窃案，计有满洲旗人花沙布、苏仲阿、苻神保和汉军旗人程正、大柱儿、杜二伯、杜三儿等犯窃罪，分别被处以发遣或开除旗档为民。[89]

旗人因贫困而发掘祖坟之案也所在多有。道光十三年，已革马甲石二（明定），纠邀家奴李八等发掘高祖石如璜、曾祖隆恩等男妇坟九冢，开棺见尸，盗取财物。经刑部审明，将明定销除旗档，照例拟以凌迟处死，并将其年

未及岁之子书节依例拟军监禁，俟成丁时发配。正白旗汉军都统以明定有妻武氏、女二妞，或留旗或销档咨部。刑部认为“旗人发冢，例应销本身旗档，犯积匪等连子孙一并销档。此案犯发掘祖坟，残忍蔑伦，较积匪等情尤重，其妻女应一并销档，交县编入民籍，严加管束”[90]。由于旗人私砍坟树之案增多，“各司办理多有参差”，道光二十八年刑部“申明律意”，根据情节轻重，分为二种，“将私砍成行坟树拟杖枷军徒之旗人，均按照名例销除旗档；其私砍坟旁散树照不应重律问拟者，仍留旗档，鞭责发落”，并“传知各司一体照办”。[91]至光绪十一年，又有旗人福端私锯祖坟树株一案，云南司审办时将福端拟徒折枷，刑部堂审时交律例馆查核，律例馆依据道光二十八年定章，将福端销除旗档，实发。律例馆又以道光二十八年所定章程“历年既久，诚恐各司办理未能画一，相应传知各司经承回明存记，嗣后审办旗人私砍成行坟树问拟杖枷军徒者”，均按前项章程，“不得遽行折枷，以归画一而免歧异”[92]。甚至连睿亲王的后代钟氏兄弟，也因生活无着“私掘祖坟”。[93]

但新修订的法律本身又形成对旗人新的束缚。如刑律有：“凡旗人因贫糊口，登台卖艺，有玷旗籍者，连子孙一并销除旗档，毋庸治罪。”[94]这一例文是道光五年因英和上疏订立。乾隆五十四年，正白旗人昆英在“京城内外逐日短雇”，打短工二年有余，在山东德州被获，乾隆以其“系正白旗人，因其叔萨克进布责打，离家出走，不知自爱”，“实属下贱，不顾颜面”，命“销去旗档，发往配所。”谕“嗣后刑部遇有此等案件，即照此办理”[95]。刑部遵旨定例：“在京满洲另户旗人，于逃走后甘心下贱，受雇佣工不顾颜面者，即销除旗档，发遣黑龙江等处严加管束。毋庸拨派当差，转令得食饷养赡。其逃后讯无受雇庸工、甘心下贱情事者，仍依本例办理。”乾隆五十一年，有旗员傅嵩安及家人百绶，因“家贫”私自出京，希望“向伊同年借贷”，被拿获后解送刑部治罪”。[96]

二是旗籍管理与犯属安置问题。乾隆时虽也有开除旗档而发遣之定例，但开除旗档仍针对个别犯罪行为。自道光五年定例后，旗人有犯，“直以民人待之矣”。销除旗档，是对旗人最严厉的处分，它意味着不再享有旗人待遇，不是统治民族之一员。对旗人而言，它在心理上的影响甚至要超过徒流实发这些主刑。道光五年定例的另一重要变化是，开除旗档几乎作为徒流军实发的先决条件，即是说，开除旗档后才执行主刑。这就使旗籍管理与犯属安置问题凸显出来。

首先是犯妻、子女的身分问题。道光五年定例，旗人有犯“均销除本身旗档”，犯妻、子女是否开除旗档未有明文。故当年十一月，凉州副都统以销档之旗人若于投回之日，与其妻如何安置咨请部示。刑部按犯妻“律以从夫之义”，称其妻应一并销档，并通行各省。刑部同时又留有余地，称“旗档虽销，名分自在，仰事俯畜，原应各从其便。”[97]但问题接踵而来。道光十一年有旗人札克当阿，因妻卜氏脱逃，其本身旗档被销。札克当阿被销档后，情愿带二女销档。管旗副都统以此咨部。督捕司在回复时称：若犯积匪等项罪名，方将其子孙旗档一并销除。此案属于只销本身旗档之案，若因其父母销档为民，情愿带出子女出旗，亦将其子女一并销除户档，是违定例。认为其二女应仍附旗籍。但这就出现了“一家两籍”的情况，而按照“人户以籍为定”的户籍管理法，势必出现父女分离的结果。刑部似乎也考虑到这一层，因而牵强附会地称：“如谓父母子女不忍生离，不思札克当阿夫妻既已销档为民，行止听其自便，何难依附同居抚养，揆之律法人情，俱无窒碍，未便轻议更张。所有该副都统咨请部示之处，应毋庸议。”[98]

“一家两籍”的出现给户籍管理带来了很大问题，因此后来“销档之案并不认真核办，不论原犯轻重，其妻室子女全系徇情朦混率请留档，希图支食养赡钱粮，亦不行知地方官归入民籍，但将本犯销档之处咨报部旗即为了事”。如此一来，又给社会治安带来隐患。因为旗犯家属既在旗档，因此仍在营房居住，而旗犯逃回往往藏匿营房（家中），该管官以为已销除旗档，与己无干；而地方官以为未奉明文，致使这类人逍遥世外，遨游街市，毫无畏心。同治五年七月，山海关副都统长善上疏指出“办理销档之案，有名无实”，甚至东三省

的逃兵、山海关发遣逃军纷纷加入“马贼”队伍，认为如此下去“实不胜言”，疏请对道光五年所定销档章程量为变通：拟请嗣后销档人犯无论所犯重轻，连妻室一并销除，即逐出本旗，不准在营房居住，其子女未成立者听其随去，如子已成丁已挑差授室，女已长成尚未聘嫁者，即应核其原犯情罪，分别办理，如不应并销即另立一档归入伯叔兄弟或远近亲属收管，随时查辨。其罪应并销者即行逐出本旗，令其外居。凡销档人犯务须行文地方官，将其归入民籍，与编氓一体营运谋生，分别归入何里何社，立案存查。刑部基本采纳了长善的意见。[99]

其次是犯属抚养安置问题。刑部从清理旗档的考量做出犯旗之妻一并销档的通行，并于道光五年十二月初三日生效，但又引发了这样的问题：犯夫长年未归，将犯妻开除旗档后，不但其本身生活无着，且子女抚养、老人奉赡都成问题。据热河都统向户部咨报：热河自乾隆年间起至道光五年四月二十六日奏准章程之日止，逃走逾限未回兵丁、闲散内有百余名，除报部销档外，惟查该逃人有逾数年以至一二十年不回者，并有逾三四十年未回者。已难定其存亡。至其妻等于伊夫逃后或奉养翁姑，或抚育子女，还有亲族子女全无、苦守清贞者，还有年迈不能自食者。今若于伊夫未回以前裁其养赡钱粮归入民籍，势必无所归倚，难免饿殍。因此咨请户部将此类犯妻暂留旗籍，俟该夫等投回拿获之日再连伊等一并销除旗档。俸饷处查称，在道光五年四月二十六日英和奏准定例及当年十二月初三日刑部所议（妻随夫开档）通行期间，又有八旗都统造报逃走兵丁、闲散人等之妻共八十五名口。俸饷处提出：各该妇之夫逃走日期在刑部未定章程以前，自未便将伊等销除旗档，所得养赡钱粮等仍照旗人例给予；定案在刑部未定章程以后者，视其子孙分别给予，若无子孙不得援引请赏。户部据此认为：所有热河逃走逾限未回兵丁、闲散人等之妻，现食养赡钱粮自应画一办理，相应遵照本部章程：道光五年十二月初三日刑部未定章程以前者仍准支食。并将此知照刑部。刑部认为应遵照户部章程办理，惟此项逃人之妻非独热河一处，户部既未通行，将来各驻防无所遵循，仍不免纷纷请示，徒繁案牍，应仍通行各驻防将军都统查照办理。至各省驻防有在道光五年十二月初三日本部未定章程以前各逃人之妻业经销档者，应令该将军都统查照此次议定章程，分别更正办理。[10]

三是旗下奴仆有犯问题。如前所述，旗下奴仆与正身旗人一样享有犯罪免发遣权。但道光五年定例后，开除旗档之案骤多，而开除旗档后军流徒实发完结，即编入民籍。这是就一般旗人而言。旗下奴仆如何定例，法律没有明确。户部认为，道光五年曾奏准旗人官员逃走一次即行革职销档，是指正身旗人而言。故户部在修改则例时仅将正身旗人逃走例内修改销档，而旗下家人逃走各例并未修改。其理由是：家奴若因有犯反得转贱为良，故仍照旧例问拟：王公属下包衣有犯，不准销档。后又扩大到官兵闲散人等如有逃走，亦毋庸销档。户部以此咨知刑部，刑部随即表示认同：既经户部议以不准销档，知照各旗办理，核与本部例内并无牴牾。自可无论次数一体遵照办理。应请交督捕司汇入档册，传知各司抄录存记，嗣后如有包衣旗人逃走，即照户部章程办理。[10]

户部章程是从奴仆不能因犯军流徒后编入民籍，反得以贱为良而订立，实际上是为了把奴仆永远控制在主人属下，这不但使奴仆比正身旗人更能长久保留旗籍，也使其即使多次犯逃罪也会永远享有豁免开除旗档的权利。法律的这种尴尬在道光六年一个案例中也表现得很充分。道光六年，闲散包衣扑得儿行窃贝勒府内什物，计赃在一两以上，罪应拟杖。广东司以扑得儿与正身旗人不同，“如照民人例刺字，则该犯案列旗籍，现办并无不销档而刺字之旗人；若竟依旗人销档免刺，是该犯既得免为包衣，较之平人反为轻减。窃盗是罔顾行止，因此正身旗人初次犯窃有玷旗籍，如罪止笞杖，即应销档，但免刺字。至王公属下包衣，究与正身旗人不同，初次犯窃未便照正身旗人销除旗籍，亦未便与民人犯窃一律刺字。应毋庸销除旗档，仍免其刺字，即照拟发落，以示区别。[20]这个案例的判决既不依民，也不依旗，堪称是“特例”。事实上，类似这样无法援引法律条例的判决并不是个别的，而是大量的。它说明法律的盲区很多，更重要的是立法水平

的落后。如从前已革宗室觉罗犯寻常杖、枷、徒、流、军及斩、绞等罪，交刑部照旗人例一体科断，应销档者，免其销档。道光六年发生闲散觉罗瑞秀逃走一案，让刑部无法科断。因为按宗室觉罗私自逃走，只应治罪不应销档。奉天司称：向来此等案件，俱比照旗人旧例治罪而不销档，故办理无虞窒碍。今旧例已删除，新例则逃走一月以外，销档而不治罪。宗室觉罗既不在销档之列，即别无治罪之条，现在审奏闲散觉罗瑞秀逃走一案，罪名既无凭核定。刑部请宗人府订立专条，才可引用。[31]

综上所述，随着统治基础的稳固，自乾隆中叶始，清政府力图对以“犯罪免发遣”律为核心的旗人特权法进行修订，以调整旗民“同罪异罚”问题，使之向着画一法律的方向迈进。但囿于“八旗乃国家根本”的传统惯习，法律调整的效果又是有限的。直到晚清变法修律时，旗民不同刑的问题才作为化除满汉畛域之良法得到解决。

---

①清代有针对某个民族为主而订立的法律，如《蒙古律例》、《苗例》等，但其属于特别法的范畴，而本文是就清代具有普适性的法律而言，如《大清律例》。

②有关清代旗、民间民事法律关系的论述，请参阅张晋藩、林乾：《〈户部则例〉与清代民事法律探源》，载《比较法研究》，2001 年第一期；林乾、张晋藩：《〈户部则例〉的法律适用——兼对几个问题的回答》，载《〈崇德会典〉·〈户部则例〉及其他》，法律出版社 2003 年版，第 76—111 页。

③参见中华书局 1990 年译注本《满文老档》，崇德元年十一月。

④⑤⑦光绪《大清会典事例》卷 727，《刑部·名例律·犯罪免发遣》。

⑥《清世祖实录》卷 102。

⑧康熙五十四年刊刻的沈之奇所撰《大清律辑注》，于“名例·五刑·徒”律上注：旗下人犯徒、流，折责枷号，有新例。见怀效锋等点校本，法律出版社 2000 年，第 3 页。

⑨⑩《大清律例根源》卷 3，《名例·军官军人犯罪免徒流》。法大图书馆藏刻本。

⑪吴坛：《大清律例通考》卷 4，马建石等校注本，中国政法大学出版社 1992 年版，第 218 页。

⑫《明史》卷 90《兵志》。

⑬薛允升于明律“军官有犯”律下曰：“前明军官有犯与民官办法不同，科罪亦异，盖系优待此辈之意。”并引王肯堂《大明律笺释》：“军官军人已隶戎籍，难再徒流，故特立此专条也。”(并见《唐明律合编》卷 2，怀效锋、李鸣点校本，法律出版社 1999 年版，第 26、29 页。)

⑭⑮《大清律辑注》，第 3 页、第 30 页。

⑯薛允升：《读例存疑》卷 6，胡星桥等点注本，中国人民公安大学出版社 1994 年版，第 105 页。

⑰[48][84][85]英和：《会筹旗人疏通劝惩四条疏》，《清经世文编》卷 35，中华书局影印本，中册，第 878 页。

⑱《修订法律大臣沈家本奏旗人犯罪宜照民人一体办理折》，《清末筹备立宪档案史料》，下册，中华书局 1979 年版，第 941 页。

⑲《清史稿·刑法志二》。

⑳清代虽有满、蒙、汉八旗之分，但各旗民族成份非属单一，学者多有论述。见郑天挺《清代的八旗兵和绿营兵》，载《清史探微》，北京大学出版社 1999 年版，第 333 页；《王钟翰学述》，浙江人民出版社 1999 年版，第 151—153 页。

㉑《清史稿·兵志序》；《八旗通志续集》卷 32《兵制》。

㉒魏源《圣武记》附录卷 11，“武事余记”。中华书局 1984 年版，第 467 页。

㉓《读例存疑》卷 9，第 163 页。

㉔光绪《大清会典事例》，卷 1113。

㉕嘉庆帝《御制训谕八旗简明语》。引自希元、祥亨等纂《荆州驻防八旗志》，马协弟等点校，辽宁大学出版社 1990 年版，第 15 页。

㉖盛康辑《皇朝经世文续编》卷 40，魏源《军储篇五》。

㉗奉天民人例乃康熙四年所定，乾隆十六年删除。参见《大清律例通考》，校注本第 221 页。涵盖满、蒙、汉八旗，见乾隆五十八年上谕所称：“向例满洲杀死满洲，例文本未妥协，自应以旗人杀死旗人，载入例条，则蒙古、汉军皆可包括。”

㉘《大清律例通考》卷 4，第 221 页。《清朝文献通考》卷 195《刑一》载其事为顺治十三年：“定满洲世职官员犯罪降革之例”；又同书卷 196《刑二》载康熙十年“定旗下军民论功免死之例”，与吴坛所记时间不同。

㉙《大清律例通考》卷 4，校注本 221—222 页。

㉚本文讨论集中于一般旗人，至于宗室觉罗及八旗官员的相关法律，拟另文叙及。

㉛《大清律例根源》卷 3，《名例·犯罪免发遣》。薛允升称旗人徒流改折枷，“是徒流免而杖罪亦免矣”(《读例存疑》卷 11，点注本第 23 页。)误。按清律规

定，“凡民人犯军流罪者，俱至配所，照应杖之数折责。”（《大清律例·名例律·五刑》）即是说，徒流军为主刑，杖为附加刑。附加刑是在主刑开始生效时执行。故刑部解释旗人犯徒流军折枷后，有“仍各照应得杖数鞭责”之语。

㉜《大清律辑注》，第 2 页。乾隆五年修律时，分大小板式，笞责小板，杖责大板。参见《大清律例通考》，第 193 页。

㉝《满文老档》上，中华书局 1990 年版，第 387 页。

㉞光绪《大清会典事例》卷 723《刑部·名例律·五刑》。

㉟《大清律辑注》，第 18 页。

㊱㊵刘锦藻《清朝续文献通考》卷 245《刑考四》。

㊲(60)(64)(67)(68)光绪《大清会典事例》卷 727。

㊳光绪《大清会典事例》卷 723。

㊴《清史稿刑法志注解》，群众出版社 1957 年版，第 58 页注。

㊶章京行使惩罪权，兼有旗权、族权之双重性质，据俄国人类学家史禄国于清末民初的调查，八旗氏族首领拥有笞杖的惩罚权。而出于氏族荣誉的考虑，氏族会全力保护罪犯。见《满族的社会组织——满族氏族组织研究》，商务印书馆 1997 年版，第 66、160 页。

㊷《康熙起居注》，第一册，中华书局 1984 年版，第 544 页。

㊸《清史稿》卷 304，《甘汝来传》。

㊹《朱批谕旨·李绂奏折》，雍正四年八月初一日。

㊺郑秦先生认为“理事厅有两种，以有无‘地方之责’为别。”仍将其混同于知府佐理职官，见《清代旗人的司法审判制度》，载《清代法律制度研究》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 304 页。

㊻李绂《穆堂初集》卷 39，《请令理事同知通判分审旗人案件疏》。

㊼《永宪录》卷 1，中华书局 1959 年版，第 60 页。

㊾《驻粤八旗志》，马协弟等点校，辽宁大学出版社 1990 年版，第 51 页。

㊿《驻粤八旗志》卷 3，“监狱”。第 110—111 页；《清朝文献通考》卷 202《刑八》。

(51)(53)(56)《清圣祖实录》卷 103，123，134。

(52)《康熙起居注》第 2 册，第 1443 页。

(54)《清世宗实录》卷 8，雍正元年元月壬申。

(55)《雍正朝起居注》，雍正五年四月丁未。

(57)《上谕内阁》，雍正六年三月初三日、二十四日谕。

(58)《清世宗实录》卷 41，雍正四年二月癸酉。

(59)《清世宗实录》卷 48，雍正四年九月辛卯。

(61)(62)档案：朱批奏折，议政大臣允禄奏，乾隆四年十月四日。

(63)《大清律例根源》卷 3，《名例·犯罪免发遣》；《大清律例通考》卷 4，校注本，218—219 页。

(65)《雍乾两朝镶红旗档》，关嘉录译，辽宁人民出版社 1987 年版，第 211—212 页。

(66)《查奏原阿达哈哈番黑色、里海等人情由折》，雍正十一年六月初二日，《雍乾两朝镶红旗档》，第 31—32 页。

(69)《大清律例通考》卷 4。

(70)《清朝文献通考》卷 201《刑七》。

(71)《读例存疑》卷 2，点注本，第 24 页。

(72)《清朝文献通考》卷 201《刑七》；光绪《大清会典事例》卷 727。

(73)《大清律例通考》卷 4，校注本 220 页；《大清律例根源》卷 3。

(74)《大清律例根源》卷 3，《名例·犯罪免发遣》。

(75)(76)《清朝文献通考》卷 201《刑七》，卷 202《刑八》。

(77)《大清律例增修统纂集成》卷 4。

(78)《读例存疑》卷 6，“名例律”，点注本，第 105 页。

(79)《清经世文编》卷 35。

(80)英和上疏全文以“云南司通行”，全文载入《刑案汇览》卷一“名例·犯罪免发遣”。

(81)《刑案汇览》卷一，“名例”。

(82)《读例存疑》第 25、105 页。

(83)李祖陶：《旗户分居议》，《皇朝经世文续编》卷 40，《户政》12。

(86)《清仁宗实录》卷 100。

(87)(88)《清高宗实录》卷 78，155。

(89)《清高宗实录》卷 1171、1414；嘉庆《大清会典事例》卷 612。

(90)《刑案汇览》卷 1，“名例·犯罪免发遣”。

(91)(92)《通行章程》，光绪戊戌年刻本。

(93)《满族社会历史调查报告》下册，第 14 页。

(94)《大清律例·刑律·搬做杂剧》。

(95)光绪《大清会典事例》卷 745，《刑部·名例律·徒流迁徙地方五》。

(96)嘉庆《大清会典事例》卷 489；《清高宗实录》卷 1271。

(97)(100)《续增刑案汇览》卷 2，《名例·犯罪免发遣》。

(99)《刑部通行条例》卷 1，《名例·犯罪免发遣》，同治己巳（1869）聚珍版。

(98)(101)(102)(103)《刑案汇览》卷 1。